



Saggi

Beccaria e Bentham

LUIGI FERRAJOLI

Università degli Studi di Roma Tre

Citation: L. Ferrajoli (2019) Beccaria e Bentham. *Diciottesimo Secolo* Vol. 4: 75-84. doi: 10.13128/ds-25440

Copyright: © 2019 L. Ferrajoli. This is an open access, peer-reviewed article published by Firenze University Press (<http://www.fupress.net/index.php/ds>) and distributed under the terms of the Creative Commons Attribution License, which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original author and source are credited.

Data Availability Statement: All relevant data are within the paper and its Supporting Information files.

Competing Interests: The Author(s) declare(s) no conflict of interest.

Abstract. The philosophies of Beccaria and Bentham have a number of features in common: the juspositivist principle of legality, the project of minimizing criminal law, the dependence of punishment on types of action rather than types of actors, the idea of the trial as an inductive ascertainment of truth. Beccaria's thought, however, is more radical both in its utilitarian conception, which hinges on the idea of the social contract that underpins the critique of the death penalty, and in its liberal conception, which forecloses the association of freedom and property that we find in Bentham.

Keywords. Crime, Punishment, Penal Trial.

1. DUE PENSATORI ALLE ORIGINI DEL GARANTISMO PENALE.

Un capitolo della riflessione sul rapporto tra Cesare Beccaria e l'Inghilterra riguarda certamente l'influenza esercitata da Beccaria su Jeremy Bentham e, attraverso Bentham, sulla cultura giuridica e politica inglese. È al confronto tra questi due grandi padri del liberalismo e del garantismo penale – alle loro convergenze e alle loro divergenze – che sarà dedicato questo mio intervento¹.

Prima di parlare di queste convergenze e divergenze, mi sembra opportuna un'osservazione sul rapporto tra Jeremy Bentham e la cultura italiana. Philip Schofield ha curato una nuova edizione, filologicamente rigorosa, delle opere di Bentham. Ebbene, questa nuova edizione potrebbe fornire l'occasione per proporre e promuovere anche in Italia una pubblicazione delle opere complete di Bentham, o quanto meno di quelle giuridiche e specificamente di quelle di diritto penale e processuale, le quali tutte segnano una svolta in senso liberale e garantista nella cultura penalistica inglese². È un invito che

¹ Sul rapporto tra Beccaria e Bentham, si vedano H.L.A. Hart, *Beccaria and Bentham*, in *Atti del convegno internazionale su Cesare Beccaria promosso dall'Accademia delle Scienze di Torino nel secondo centenario dell'opera "Dei delitti e delle pene"* (4-6 ottobre 1964), Accademia delle Scienze, Torino 1966; E. De Champs, *Bentham et l'héritage de Beccaria: du Projet d'un corps complet de législation aux Traités de législation civile et pénale*, in M. Porret e E. Salvi (eds.), *Cesare Beccaria, La controversia penale XVIII-XXI secolo*, P.U.R., Rennes 2015, pp. 99-110.

² Si ricordi il saggio di G. Tarello, *Le poche luminose origini dell'illuminismo penale nell'area inglese*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», V, 1975, pp. 173-200, dove Tarello identifica le origini del moderno pensiero penale inglese nelle dottrine di Joseph Butler, di Francis Hutcheson e di Henry Fielding, accomunate dall'opzione per un diritto penale massimamente severo e di fatto diretto, soprattutto, alla criminalizzazione della povertà.

dovremmo rivolgere soprattutto ai giuristi, in particolare ai teorici del diritto e ai penalisti. Bentham, infatti, è noto in Italia soprattutto come filosofo, cioè come il principale esponente dell'utilitarismo morale. Assai meno conosciuto è il Bentham giurista, al quale si devono opere fondamentali: non solo l'*Introduction to the principles of Moral and Legislation* del 1789, ma anche, e direi soprattutto, le opere penalistiche, conosciute in Italia soprattutto nella loro versione francese, ovviamente assai meno rigorosa del testo benthamiano originale: in primo luogo i *Traité de législation civile et pénale*, pubblicati in tre volumi nel 1802 dal suo collaboratore Etienne Dumont sulla base dei manoscritti affidatigli da Bentham e contenenti varie sue opere: i *Principes généraux de législation*; la *Vue générale d'un corps complet de législation*; i *Principes du code civil*; i *Principes du code pénal*; la *Mémoire sur la Panoptique*; *De la promulgation des lois*; *De l'influence des temps et des lieux en matière de législation*³; in secondo luogo la *Théorie des peines et des récompenses* del 1811; in terzo luogo il *Traité des preuves judiciaires* del 1823 e il saggio *De l'organisation judiciaire et de la codification*⁴.

In Italia sono state tradotte pochissime di queste opere: l'*Introduzione ai principi della morale e della legislazione* a cura di Eugenio Lecaldano, nel 1998, presso la Utet, e altri saggi minori⁵. C'è poi una prima, antica traduzione italiana, di Barnaba Vincenzo Zambelli, *Teoria delle prove giudiziarie*, introvabile⁶, risalente addirittura

al 1824, cioè un anno dopo la prima edizione francese e un anno prima dell'edizione inglese. Dunque, quasi nulla dell'imponente produzione giuridica di Bentham e, soprattutto, delle sue opere penalistiche. Ci troviamo perciò di fronte a una grave, ingiustificabile lacuna della nostra cultura filosofico-giuridica che dobbiamo augurarci – oggi che disponiamo della nuova, rigorosa edizione delle opere di Bentham curata da Philip Schofield – che venga colmata al più presto.

2. ASPETTI COMUNI DEL PENSIERO DI BECCARIA E DI BENTHAM

Ma veniamo al nostro tema, il confronto tra Beccaria e Bentham. Diciamo subito che Beccaria e Bentham sono quasi contemporanei: il primo nato il 15 marzo 1738 e morto il 28 novembre 1794 all'età di 56 anni; il secondo nato dieci anni dopo, il 15 febbraio 1748 e morto il 6 giugno 1832 all'età di 84 anni. Ma sono 25 gli anni che separano il *Dei delitti e delle pene* di Beccaria, del 1764, e la prima grande opera filosofico-giuridica di Bentham, *Introduction to the principles of Moral and Legislation*, del 1789.

Ebbene, quali sono gli aspetti comuni al pensiero di questi due illuministi, e quali le differenze? Le differenze sono sicuramente più interessanti, e sembrano legate al fatto che, nonostante la non grande differenza d'età, Beccaria sembra un pensatore interamente settecentesco, mentre Bentham sembra assai più un pensatore a cavallo tra Settecento e Ottocento. Anche le convergenze, tuttavia, meritano di essere segnalate, se non altro perché riguardano la concezione illuminista, razionale e garantista del diritto penale che è opportuno ricordare in tempi come gli attuali, di crisi profonda di tutte le garanzie penali e processuali.

Gli aspetti comuni sono, ovviamente, quelli connessi al diritto penale, peraltro centrale nel pensiero giuridico di entrambi. Questa centralità della questione penale, del resto, accomuna l'intera filosofia giuridica e politica dell'illuminismo, essendo il diritto penale il luogo privilegiato del rapporto tra Stato e cittadino, tra autorità e libertà, tra libertà e sicurezza – sicurezza non solo dai delitti, ma anche dagli arbitri e dagli eccessi punitivi, come scrisse Montesquieu⁷ – e perciò il luogo rispetto al quale soprattutto si definiscono il ruolo del diritto, i limiti ai poteri punitivi altrimenti arbitrari, i lineamenti dello stato di diritto e, conseguentemente, i principi del

³ J. Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, Bossange, Masson et Besson, Paris 1802, che nel frontespizio reca le parole «Publiés en France par Etienne Dumont, de Genève, d'après les Manuscrits confiés par l'Auter».

⁴ Tutte queste opere – insieme ad altre di carattere non penalistico: *Tactique des Assemblées politiques deliberantes*; *Traité des sophisme politiques*, *Essai sur la situation politique de l'Espagne*, *Défense de l'usure*, *Essai sur la nomenclature des principales branches d'art et de sciences* e *Déontologie, ou science de la morale* – sono state poi pubblicate in J. Bentham, *Oeuvres de Jérémie Bentham, Jurisconsulte anglais* (1829), éd. par E. Dumont, Hauman, Bruxelles 1840³. Ma si veda l'edizione inglese dei *Works of Jeremy Bentham*, ed. by J. Bowring, Russell and Russell, New York 1962, in 11 voll.

⁵ Si ricordino *Il libro dei sofismi*, a cura di L. Formigari, Editori Riuniti, Roma 1981; *Un frammento sul governo*, a cura di S. Marcuzzi, Giuffrè, Milano 1990; *Difesa dell'usura*, a cura di N. Buccilli e M. Guidi, Liberilibri, Macerata 1996; *Deontologia*, a cura di S. Cremaschi, La Nuova Italia, Scandicci 2000; *Panopticon, ovvero la casa d'ispezione*, a cura di M. Foucault e M. Perrot, Marsilio, Venezia 2002; *Teoria delle finzioni*, a cura di R. Petrillo, Cronopio, Napoli 2011. Vanno inoltre segnalati: *Jeremy Bentham, padre del femminismo*, a cura di L. Campos Boralevi, Carucci, Roma 1980, che è un'antologia di scritti sulla condizione delle donne; *Il catechismo del popolo*, a cura di L. Formigari, Editori Riuniti, Roma 1982, che contiene parti del *Fragment on Government* e di *Constitutional Code*; *Libertà di gusto e di opinione*, a cura di G. Pellegrino, Dedalo, Bari 2007, che contiene gli scritti *Reati contro se stessi* del 1785, *Difesa dell'usura* del 1787 e *Libertà di stampa e discussione pubblica* del 1821.

⁶ J. Bentham, *Teoria delle prove giudiziarie*, trad. it. di B.V. Zambelli, Stamperia Mazzoleni, Bergamo 1824, 3 voll.

⁷ Ch. Montesquieu, *De l'Esprit des lois* XII 2 (1748), Garnier-Flammation, Paris 1979, vol. I, p. 328: «La liberté politique consiste dans la sûreté, ou du moins dans l'opinion que l'on a de sa sûreté. Cette sûreté n'est jamais plus attaquée que dans les accusations publiques ou privées».

primo liberalismo. La produzione di Bentham è incomparabilmente più ampia di quella di Beccaria. Mentre Beccaria è l'autore del solo fortunato «libriccino», il *Dei delitti*, Bentham ha la vastissima produzione che ho già ricordato: una produzione non solo penalistica ma anche di teoria generale del diritto, di diritto civile e di diritto pubblico. E tuttavia anche per Bentham possiamo parlare di un primato politico della questione penale, sulla cui trattazione, peraltro, si è manifestata l'enorme influenza su di lui esercitata da Beccaria e da lui stesso apertamente riconosciuta⁸.

Segnalerò quattro aspetti comuni al pensiero di Beccaria e di Bentham: a) l'opzione per il positivismo giuridico e l'assunzione a fondamento del sistema del principio di stretta legalità, in polemica con il diritto giurisprudenziale; b) il progetto di una mitigazione e minimizzazione del diritto penale; c) l'approccio oggettivistico, cioè l'idea di un diritto penale del fatto e non dell'autore; d) la concezione del processo penale come accertamento della verità e la teoria della prova basata sui principi della logica induttiva.

2.1. A) Principio di legalità e positivismo giuridico.

Cominciamo dal primo tratto comune: il principio di legalità come norma di riconoscimento esclusiva ed esaustiva del diritto vigente, l'opzione netta per il positivismo giuridico e la totale assenza, sia in Beccaria che in Bentham, di qualunque premessa giusnaturalista⁹.

«Le sole leggi possono decretare le pene sui delitti», scrive Beccaria, «e quest'autorità non può risiedere che presso il legislatore»¹⁰, mentre «ufficio» dei giudici «è solo l'esaminare se il tal uomo abbia fatto o no un'azione contraria alle leggi» stipulate da «un codice fisso» che essi devono «osservare alla lettera»¹¹. «Un atto proibito è ciò che si chiama delitto», dichiara a sua volta Bentham¹², e viceversa: «dichiarare con una

legge che il tale atto è proibito equivale ad erigerlo a delitto»¹³.

Non solo. Beccaria e Bentham formulano, oltre al principio di mera legalità, in forza del quale è reato solo il comportamento previsto e punito come tale dalla legge, anche il principio di stretta legalità o tassatività, quello della massima chiarezza e determinatezza delle norme penali. «Dove le leggi siano chiare e precise», scrive Beccaria, «l'ufficio di un giudice non consiste in altro che di accertare un fatto»¹⁴. E Bentham: «Lo scopo delle leggi è quello di disciplinare la condotta dei cittadini. Due cose sono a tal fine necessarie: 1°) che la legge sia chiara, cioè che faccia nascere nella mente un'idea che rappresenti esattamente la volontà del legislatore; 2°) che sia concisa, perché possa imprimersi facilmente nella memoria. Chiarezza e brevità, ecco le due qualità essenziali»¹⁵.

Per Bentham, non meno che per Beccaria, il principio di legalità è insomma il solo criterio di identificazione del diritto esistente e perciò dei fatti in base ad esso qualificabili come reati. Va pertanto segnalato, in proposito, un aspetto singolare della storia istituzionale inglese. L'Inghilterra è stato il solo paese del continente europeo nel quale non è avvenuta la codificazione e si è mantenuto un assetto giuridico – il sistema di *common law* – sostanzialmente di diritto giurisprudenziale. E questo benché siano inglesi i tre più illustri teorici del positivismo giuridico e i massimi assertori del principio di legalità, e conseguentemente della codificazione, soprattutto del diritto penale: Thomas Hobbes, Jeremy Bentham e John Austin.

Bentham, in particolare, è stato il più convinto teorico della codificazione. La stessa espressione *codification* fu coniata da lui. Tutti i suoi libri teorico-giuridici che ho sopra ricordato sono intitolati alla legislazione o alla codificazione. Tutta la sua opera è stata informata alla critica del diritto inglese di *common law*, che gli appariva come una massa caotica di norme, fonte inevitabile di incertezze e di abusi e al progetto della sua riforma attraverso, appunto, la codificazione. Ebbene, questa polemica contro il diritto giurisprudenziale, questa critica radicale della tradizione giuridica caratterizza anche il pensiero di Beccaria. Basti pensare all'*incipit* del *Dei delitti* contro il *corpus iuris* giustiniano, bollato come «uno scolo de' secoli più barbari»¹⁶.

⁸ Nel primo dei tre frammenti pubblicati in C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Einaudi, Torino 1981, p. 562, Bentham chiama Beccaria «maestro mio, primo evangelista della ragione».

⁹ L'estraneità al diritto naturale, del tutto evidente in Bentham, è stata da ultimo ottimamente mostrata anche per Beccaria da Ph. Audegean, *Beccaria lettore di Hobbes*, in questo vol. (PER REDAZIONE: pp. 000-000 VD. IMPAGINATO FINALE).

¹⁰ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* § III, a cura di G. Francioni, nell'*Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria*, Mediobanca, Milano 1984, vol. I, p. 33.

¹¹ Ivi § IV, pp. 36 e 38. E più oltre, § XLI, p. 122: «Volete prevenire i delitti? Fate che le leggi sian chiare e semplici [...]. Fate che gli uomini le temano, e temano esse sole. Il timor delle leggi è salutare, ma fatale e fecondo di delitti è quello di uomo a uomo. Gli uomini schiavi sono più voluttuosi, più libertini, più crudeli degli uomini liberi».

¹² J. Bentham, *Principes de législation* XI, in *Oeuvres de Jérémie Bentham*, cit., t. 1, *Traité de législation civile et pénale*, p. 34.

¹³ Id., *Vue générale d'un corps complet de législation* II, ivi, p. 287; ivi V, p. 291: «Fare una legge penale equivale a creare un delitto». Bentham, tuttavia, riconosce «una certa larghezza al giudice, non per aggravare la pena ma per diminuirla» (*Théorie des peines et des récompenses* I, XI, in *Oeuvres de Jérémie Bentham*, cit., t. II, p. 27).

¹⁴ Beccaria, *Dei delitti e delle pene* § XIV, cit., p. 59.

¹⁵ Bentham, *Vue générale d'un corps complet de législation* XXXII, cit., p. 339. Cfr. anche ivi, pp. 339342, il cap. XXXIII intitolato «Du style des lois».

¹⁶ C. Beccaria, *A chi legge*, in *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 17.

2.2. B) Il progetto di minimizzazione del diritto penale.

Il secondo tratto che accomuna Beccaria e Bentham è il progetto illuministico di umanizzazione, mitigazione, razionalizzazione e minimizzazione del diritto penale: il progetto, in breve, di quello che io ho chiamato «diritto penale minimo»¹⁷.

Gli accenti di questa proposta di minimizzazione sono assai simili. Beccaria parla di pena «necessaria», «la minima delle possibili»¹⁸. Bentham, a sua volta, parla di pena «economica», consistente nel «minimo impiego possibile di sofferenze»¹⁹. «Perché una pena ottenga il suo effetto», aggiunge Beccaria, «basta che il male della pena eccede il bene che nasce dal delitto [...] Tutto il più è dunque superfluo e perciò tirannico»²⁰. D'altro canto, scrive Bentham riprendendo una tesi di Hobbes, il vantaggio del delitto non deve superare lo svantaggio della pena, altrimenti questa si trasformerebbe in una tassa²¹.

In questa prospettiva, scrivono sia Beccaria che Bentham, una pena può essere tanto più mite quanto più è certa e pronta. «Uno dei più gran freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, ma l'infallibilità di esse», scrive Beccaria²². E analogamente Bentham: «Più una pena difetta di certezza, più occorre accrescerne la severità [...] È dunque anche vero che quanto più si riesce ad aumentare la certezza della pena, tanto più se ne può ridurre la misura. È questo il vantaggio che proverrebbe da una legislazione semplice e da una buona procedura»²³. Non solo. La minimizzazione del diritto penale richiede che ad esso si ricorra soltanto in caso di necessità e perciò si sopprimano le proibizioni e le punizioni inutili. «Ogni atto di autorità di uomo a uomo che non derivi dall'assoluta necessità, dice il grande Montesquieu, è tirannico», afferma Beccaria²⁴; «proibire una moltitudine di

azioni indifferenti», aggiunge, «non è prevenire i delitti che non possono nascere, ma egli è un crearne dei nuovi»²⁵. E Bentham, a sua volta, polemizza duramente contro la tendenza di molte leggi del suo tempo a punire una quantità innumerevole di violazioni futili e puerili²⁶. Di qui, secondo entrambi, la non punibilità, perché non lesivi di terzi, del tentato suicidio²⁷, degli atti contro natura²⁸ e degli atti contro Dio²⁹.

2.3. C) Un diritto penale del fatto e non dell'autore.

Dal principio di stretta legalità e dal progetto di minimizzazione del diritto penale discende un terzo tratto garantista comune sia a Beccaria che a Bentham: l'approccio oggettivistico, in forza del quale si può essere puniti per i fatti commessi e previsti dalla legge come reati, e non per le proprie identità o inclinazioni criminali, o devianti o pericolose.

Insisto su questo principio, che forma la base di ogni sistema penale garantista. Nella storia del pensiero penalistico possono distinguersi due grandi filoni: quello *soggettivistico*, che identifica come oggetto di pena i soggetti devianti e quello *oggettivistico* che lo identifica invece con i comportamenti devianti; in altre parole, la concezione del diritto penale come *diritto dell'autore* o come *diritto del fatto*.

Il primo orientamento può farsi risalire a Kant, secondo il quale le pene devono essere commisurate alla «malignità interna» dei criminali, con conseguente confusione tra reato e peccato³⁰. Esso si sviluppa soprattutto nella cultura penalistica tedesca: nelle dottrine correzionaliste di Franz von Liszt, che elaborò un modello di diritto penale come strumento flessibile di «risocializzazione» o «neutralizzazione» o «intimidazione» a seconda dei diversi «tipi» – «adattabili», «inadattabili» o «occasional» – di delinquenti trattati³¹; poi nelle concezioni

¹⁷ Il diritto penale minimo, «Dei delitti e delle pene», III, 1985, 3, pp. 493-524; *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Laterza, Roma-Bari 2018¹¹, pp. 325-332 (cap. VI: in partic. il § 24).

¹⁸ È la conclusione del *Dei delitti e delle pene* § XLVII, cit., p. 129: «Perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, dev'essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata ai delitti, dettata dalle leggi».

¹⁹ «Noi diremo di una pena che è *economica* allorché raggiunge l'effetto desiderato con il minimo impiego possibile di sofferenze, e che invece è *dispendiosa* quando produce un male maggiore di un equivalente bene o quando potrebbe ottenersi lo stesso bene a prezzo di una pena inferiore» (Bentham, *Théorie des peines* I iv, ed. cit., p. 11).

²⁰ Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, XXVII, cit., p. 84.

²¹ Bentham, *Théorie des peines* I v, cit., pp. 12-13. La stessa tesi era stata sostenuta da Th. Hobbes, *Leviatano* XXVIII 9, con testo inglese del 1651 a fronte e testo latino del 1668, a cura di R. Santi, Bompiani, Milano 2001, p. 509.

²² Beccaria, *Dei delitti e delle pene* § XXVII, cit., p. 83.

²³ J. Bentham, *Principes du code pénal* III II, in *Traité de législation civile et pénale*, cit., p. 156.

²⁴ Beccaria, *Dei delitti e delle pene* § II, cit., p. 29; Montesquieu, *De l'E-*

sprit des lois XIX XIV, cit., p. 468: «Toute peine qui ne dérive pas de la nécessité est tyrannique. La loi n'est pas un pur acte de puissance; les choses indifférentes par leur nature ne sont pas de son ressort».

²⁵ Beccaria, *Dei delitti e delle pene* § XLI, cit., p. 121; ivi § XXIII, p. 77: «Chi dichiara infami azioni per sé indifferenti sminuisce l'infamia delle azioni che son veramente tali». La stessa tesi era stata sostenuta da Montesquieu, *De l'Esprit des lois* XXIX XVI, cit., vol. II, p. 305: «les lois inutiles affoiblissent les lois nécessaires».

²⁶ Bentham, *Principes de législation* XII, cit., p. 38.

²⁷ Beccaria, *Dei delitti e delle pene* § XXXII, cit., pp. 103-108.

²⁸ Bentham, *Principes de législation* XII, cit., p. 37.

²⁹ Beccaria, *Dei delitti e delle pene* § VII, cit., pp. 45-46.

³⁰ I. Kant, *Principi metafisici della dottrina del diritto* § 49 E (1797), in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, tr. it. di G. Solari e G. Vidari, Utet, Torino 1965, p. 523.

³¹ F. von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (1905), trad. it. di A.A. Calvi, Giuffrè, Milano 1962, p. 52. In relazione a questi tre scopi, diversi e tra loro alternativi, Liszt propose una differenziazione dei

etico-legalistiche e teleologiche dell'antigiuridicità materiale e della «colpa d'autore» di Mezger e Welzel³², fino alle nefaste dottrine del tipo d'autore elaborate dai giuristi nazisti della scuola di Kiel³³. Ma esiti analoghi, di tipo inevitabilmente autoritario e antigarantista, hanno anche le dottrine del «delinquente naturale» elaborate in Italia dalla Scuola positiva di Cesare Lombroso, di Enrico Ferri, di Raffaele Garofalo e di Filippo Grisignani.

Ebbene, l'orientamento di Beccaria e Bentham è esattamente opposto: consiste nel rigido ancoraggio al fatto, e precisamente al comportamento dannoso, dei presupposti della pena. «L'unica e vera misura dei delitti è il danno fatto alla nazione», scrive Beccaria³⁴. In questo, egli aggiunge, risiede la differenza tra reato e peccato, tra diritto e morale, il primo ancorato al principio di offensività quale garanzia della sua laicità, il secondo alla malvagità soggettività dell'autore: «la gravezza del peccato dipende dalla imperscrutabile malizia del cuore. Questa da esseri finiti non può senza rivelazione sapersi. Come dunque da questa si prenderà norma per punire i delitti?»³⁵. Analogamente Bentham, che parimenti svaluta l'elemento soggettivo del reato fino a non includere la colpevolezza nella sua definizione di delitto: «si chiama *delitto* qualunque atto che si ritiene debba essere proibito a causa del male da esso prodotto»; quanto alla «malvagità intenzione», essa giustifica l'aggravamento della pena non tanto perché più deplorabile ma perché più pericolosa: perché è «una causa permanente di male» e perché «la condotta passata è un pronostico della condotta futura»³⁶.

«singoli *strumenti punitivi*», onde «adattare proprio la pena secondo il suo tipo e la sua estensione al raggiungimento di quello scopo che nel singolo caso è necessario e possibile». Questo scopo, egli aggiunge, va ricavato non già dalla «fattispecie di reato» in astratto, ma da «questo reato», ossia dall'«azione concreta» che è «inseparabile dalla persona dell'autore»: «questo ladro, questo assassino, questo testimone mendace, questo stupratore» (ivi, pp. 64 e 66).

³² E. Mezger, *Die Straftat als Ganze*, «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 57, 1938, pp. 675-701: 675 ss; Id., *Schuld und Persönlichkeit*, Elvert, Marburg 1932; H. Welzel, *Persönlichkeit und Schuld*, «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 60, 1941, pp. 428-474.

³³ Mi limito a ricordare P. Bockelmann, *Studien zum Täterstrafrecht*, De Gruyter, Berlin 1940, che concepisce la colpevolezza come «colpa per la scelta di vita» (*Labensentscheidungsschuld*), identificandola con la possibilità che aveva l'agente di «essere diverso».

³⁴ Beccaria, *Dei delitti e delle pene* § VII, cit., p. 44. «L'intenzione» di chi commette il delitto, aggiunge Beccaria, «dipende dalla impressione attuale degli oggetti e dalla precedente disposizione della mente» le quali «variano in tutti gli uomini e in ciascun uomo, colla velocissima successione delle idee, delle passioni e delle circostanze. Sarebbe dunque necessario formare non solo un codice particolare per ciascun cittadino, ma una nuova legge ad ogni delitto» (ivi, pp. 44-45). E più oltre, § VIII, p. 46: «Abbiamo veduto qual sia la vera misura dei delitti, cioè il danno della società».

³⁵ Ivi § VII, p. 46.

³⁶ *Principes du code pénal* I I, cit., p. 119, e I VI, pp. 123124.

Ovviamente questa svalutazione dell'elemento soggettivo è insostenibile. Ma è certo che l'approccio oggettivista, pur integrato dal requisito della colpevolezza quale elemento costitutivo del reato, è l'unico orientamento garantista, essendo il solo in accordo con il principio di stretta legalità o di tassatività, con l'onere della prova a carico dell'accusa, con il diritto di difesa e con il giudizio come verifica o falsificazione dell'accusa. Solo fatti determinati, e non anche identità personali, espresse di solito da giudizi di valore – come «pericoloso» o «deviante» o «incline a delinquere» o simili –, sono possibili oggetto di prova e di difesa.

Non solo. L'approccio oggettivista, ossia il diritto penale del fatto anziché dell'autore, è il solo in accordo con un principio ancor più importante: il principio di uguaglianza, in forza del quale si può essere punito *per ciò che si è fatto* e non *per ciò che si è*. Ho espresso questo principio con quello che ho chiamato il divieto di norme costitutive o principio di regolatività in materia penale: sono ammesse, da un diritto penale garantista, solo norme regolative di comportamenti ipotizzati come reati e non anche norme direttamente costitutive dell'identità deviante o criminale³⁷. Che è un corollario di un principio fondamentale del liberalismo e della democrazia: il principio secondo il quale «hanno pari dignità sociale», come dice l'articolo 3, 1° comma della Costituzione italiana, tutte le differenti identità personali, incluse quelle malvagie o devianti. Solo comportamenti dannosi giustificano infatti la prevenzione giuridica ad opera del diritto penale. Al contrario, le identità personali sono per principio sottratte a qualunque forma di penalizzazione e protette dal principio di uguaglianza e dai diritti di libertà, i quali sono tutti – dalla libertà personale alla libertà di pensiero e di religione, dalla libertà di stampa alle libertà di riunione e di associazione – diritti alla affermazione, alla tutela e al rispetto della propria identità differente, anche se ritenuta perversa o deviante.

2.4. D) *Il processo penale come accertamento della verità, basato su prove acquisite secondo i principi della logica induttiva.*

Vengo così al quarto importante tratto garantista che accomuna Beccaria e Bentham, strettamente connesso all'approccio oggettivista appena illustrato: la natura cognitiva del giudizio e la teoria della prova basata sulla logica induttiva. Si ricordi il classico passo di Beccaria sul sillogismo perfetto³⁸ e, più ancora, la sua

³⁷ In *Diritto e ragione* VIII 36, cit., pp. 508-512.

³⁸ «In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla

caratterizzazione del processo penale come «processo informativo», cioè come «ricerca indifferente del fatto» dove il giudice è «un indifferente ricercatore del vero», in opposizione a quello da lui chiamato «processo offensivo», dove «il giudice diviene nemico del reo, di un uomo incatenato [...], e non cerca la verità del fatto, ma cerca nel prigioniero il delitto, e lo insidia, e crede di perdere se non vi riesce, e di far torto a quell'infallibilità che l'uomo s'arrogava in tutte le cose»³⁹. Quanto a Bentham, si deve proprio a lui il contributo epistemologico più rilevante alla teoria del processo penale: la teoria delle prove giudiziarie come procedimenti induttivi, che si inserisce nella tradizione inglese dell'empirismo e della logica induttiva, da David Hume agli allievi dello stesso Bentham, James Mill e suo figlio John Stuart Mill.

Di qui una lunga serie di tesi e principi concordemente sostenuti sia da Beccaria che da Bentham e che oggi è bene ricordare ai nostri legislatori e ai nostri magistrati: in primo luogo i limiti da essi imposti alla carcerazione preventiva⁴⁰; in secondo luogo la separazione tra giudice e accusa a garanzia dell'imparzialità e del carattere cognitivo del giudizio⁴¹; in terzo luogo il rifiuto

delle inutili complicazioni, delle lentezze e dei vuoti formalismi della procedura⁴²; infine il principio della pubblicità dei giudizi e l'avversione al segreto istruttorio⁴³.

3. DIFFERENZE E DIVERGENZE NEL PENSIERO DI BECCARIA E DI BENTHAM

E tuttavia, al di là di tutte queste convergenze, certamente prevalenti, non mancano le differenze e le divergenze nel pensiero di Beccaria e in quello di Bentham. Direi che queste divergenze consistono, essenzialmente, nella maggiore radicalità di Beccaria. Sia Beccaria che Bentham sono due esponenti dell'utilitarismo e due pensatori liberali: due classici sia dell'utilitarismo che del liberalismo. Tuttavia penso si possa parlare, entro il comune approccio utilitarista e liberale, di un Beccaria estremista o comunque radicale e di un Bentham moderato e conservatore. Sotto entrambi gli aspetti del loro pensiero: in primo luogo l'utilitarismo; in secondo luogo il liberalismo.

legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza. Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni» (Beccaria, *Dei delitti e delle pene* § IV, cit., p. 36). Ovviamente nessuno oggi pensa più che l'applicazione giudiziaria della legge si riduca al sillogismo, che è solo la conclusione di un ragionamento le cui premesse, quella fattuale e quella giuridica, sono il frutto, rispettivamente, dell'argomentazione probatoria e dell'argomentazione interpretativa, entrambe in grado di motivare verità soltanto relative, probabilistiche in fatto e opinabili in diritto. E tuttavia il sillogismo (o la sussunzione), benché sia l'operazione più banale tra quelle che intervengono nell'applicazione della legge, è alla base del carattere cognitivo del giudizio. Sulla questione si veda, da ultimo, il mio *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena 2018.

³⁹ Beccaria, *Dei delitti e delle pene* § XVII, cit., pp. 68-69. È chiaro che questa immagine non è una raffigurazione descrittiva, ma una formula prescrittiva, che equivale a un insieme di canoni deontologici: il rifiuto della concezione del reo come nemico e della giurisdizione come lotta contro il crimine; l'onestà intellettuale che come in ogni attività di ricerca deve escludere condizionamenti esterni, nonché preconcetti e pregiudizi nell'interpretazione della legge e nella valutazione delle prove; l'indipendenza di giudizio e l'atteggiamento «terzo» o «imparziale» rispetto agli interessi delle parti in conflitto e alle diverse ricostruzioni e interpretazioni dei fatti da esse avanzate.

⁴⁰ Ivi § XIX, p. 71: «la privazione della libertà essendo una pena, essa non può precedere la sentenza se non quando la necessità lo chiede: precisamente la «custodia d'un cittadino finché sia giudicato reo [...] deve durare il minor tempo possibile e dev'essere meno dura che si possa»; e «non può essere che la necessaria o per impedire la fuga o per non occultare la prova dei delitti». Bentham, a sua volta, giustifica la custodia cautelare e l'isolamento dell'imputato fino all'interrogatorio dell'imputato, che a suo parere deve essere immediato (*Traité des preuves judiciaires* III xiv, in *Oeuvres de Jérémie Bentham*, cit., t. II, pp. 297-298).

⁴¹ Beccaria, *Dei delitti e delle pene* § III, cit., p. 35: «Egli è dunque necessario che un terzo giudichi della verità del fatto. Ecco la necessità di un

magistrato, le di cui sentenze sieno inappellabili e consistano in mere asserzioni o negative di fatti particolari». Solo la separazione tra giudice e accusa, d'altro canto può assicurare il modello di processo «informativo» sostenuto da Beccaria nel passo richiamato alla nota 39 e non degenerare in «processo offensivo» ove «il giudice diviene nemico del reo». Sulla separazione di ruoli e carriere tra magistrati giudicanti e magistrati requirenti, quale condizione d'imparzialità del giudizio, insiste particolarmente J. Bentham, *De l'organisation judiciaire et de la codification* XIX (1790), in *Oeuvres de Jérémie Bentham*, cit., t. III, p. 34.

⁴² Beccaria, *Dei delitti e delle pene* § XXXVIII, cit., p. 116; Bentham, *Traité des preuves* I II, cit., pp. 242 ss.

⁴³ «Pubblici siano i giudizi e pubbliche le prove del reato», scrisse Beccaria, «perché l'opinione, che è forse il solo cemento della società, imponga un freno alla forza ed alle passioni, perché il popolo dica noi non siamo schiavi e siamo difesi» (*Dei delitti e delle pene* § XIV, cit., p. 59). «La pubblicità è l'anima della giustizia», dichiarò a sua volta Bentham (*Traité des preuves judiciaires* II x, cit., p. 275), cui si devono forse le pagine più penetranti contro il segreto: non solo perché essa «è la più efficace garanzia delle testimonianze» di cui assicura, grazie al controllo del pubblico, «la veridicità», ma soprattutto perché favorisce «la probità» dei giudici agendo da «freno nell'esercizio di un potere di cui è facile abusare» (ivi, p. 276), consente la formazione di uno «spirito civico» e lo sviluppo di un'«opinione pubblica, altrimenti muta e impotente circa gli abusi» dei giudici (ivi II, p. 243), fonda «la fiducia pubblica sui loro giudizi», rafforza l'indipendenza dei magistrati accrescendone la responsabilità sociale e neutralizzandone i vincoli gerarchici e «lo spirito di corpo» (ivi X, p. 277). Per contro, aggiunse Bentham, «più i tribunali sono segreti, più sono odiosi», giacché «innocenza e segreto non vanno insieme; e chi si nasconde già appare mezzo colpevole. Perché mai questo principio, che i giudici adottano verso i delinquenti, non dovrebbe valere anche per loro? La loro condotta non presenta le stesse sembianze della criminalità? Se fossero innocenti, avrebbero forse paura di apparirli? Se non avessero nulla da temere dagli sguardi del pubblico, perché mai si circonderebbero da una cinta di tenebre? Perché farebbero dei palazzi di giustizia delle caverne non meno segrete di quelle dei ladri? E se si fanno delle insinuazioni ingiuste, possono essi lagnarsene?».

3.1. Beccaria e Bentham: due utilitarismi.

In primo luogo, dunque, due utilitarismi. Come è noto è di Beccaria il celebre principio utilitarista della *massima felicità divisa nel maggior numero*⁴⁴, ripreso da Bentham – la *maggior felicità possibile del maggior numero possibile di individui*⁴⁵ – che lo estese dal diritto penale a tutto il diritto, basando su di esso la legittimazione politica di qualunque norma giuridica⁴⁶. Di qui, per entrambi, il fine utilitaristico delle pene quale mezzo di prevenzione dei delitti⁴⁷.

Bentham tuttavia, diversamente da Beccaria, respinge come fantastica l'ipotesi del contratto sociale, ritenendo il principio di utilità sufficiente a fondare una teoria razionale del diritto e della politica. E invece è proprio sull'ipotesi contrattualistica che si basa la maggior radicalità dell'utilitarismo di Beccaria: «Nessun uomo ha fatto il dono gratuito di parte della propria libertà in vista del bene pubblico [...] Fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: egli è adunque certo che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzion possibile, quella sola che basta a indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso e non giustizia, è fatto, ma non già diritto»⁴⁸. L'utilitarismo di Beccaria è perciò tutt'uno con il suo contrattualismo, essendo il contratto sociale concluso per le ragioni di utilità vitale che ne definiscono i contenuti ed i limiti: la difesa della

vita e della libertà, in cambio della cessione della «minima porzion possibile» della libertà naturale a tal fine necessaria; la quale non è quindi un «dono gratuito», ma ciò che «la necessità» costringe a cedere in cambio delle garanzie: della *garanzia primaria* del divieto come *delitti* delle aggressioni alla vita e alle libertà, e della *garanzia secondaria* dell'obbligo di applicare le *pene* a tali aggressioni e lesioni.

Il contratto sociale si configura così, secondo Beccaria, come il patto di non aggressione nel quale le parti contraenti si impegnano a non aggredire nessuno, sicché ciascuno rinuncia alla propria libertà di aggressione in cambio della medesima rinuncia da parte di tutti gli altri. È questo l'aspetto, indubbiamente originale, del contrattualismo e dell'utilitarismo di Beccaria. In che cosa consiste infatti, per Beccaria, la cessione di libertà cui gli uomini sono stati costretti dalla «necessità»? Non certo, come secondo Rousseau, nell'«alienazione totale di ciascun associato, con tutti i suoi diritti, a tutta la comunità»⁴⁹, bensì nella sola cessione da parte di ciascuno della «minima porzion possibile» di libertà, di «quella sola che basta a indurre gli altri a difenderlo» e che quindi altro non è che la libertà di aggredire – cioè di uccidere, di rubare, di recar danno ad altri – dietro la cessione della medesima libertà da parte di tutti: in breve, dietro il divieto generale ed astratto delle aggressioni, garantito dalla loro previsione come delitti e dalla loro punizione mediante pene.

È in questo modo che mentre l'utilitarismo di Bentham è un utilitarismo per così dire dimezzato, ben potendo la semplice formula della massima felicità divisa per il maggior numero essere riferita alla sola utilità della maggioranza, l'utilitarismo contrattualista di Beccaria tiene conto dell'utilità di tutti, cioè della «minima porzion possibile» di libertà che ciascuno, nel patto sociale, è disposto a «mettere nel pubblico deposito». Si capisce come le due concezioni dell'utilità, applicate al diritto penale, hanno implicazioni diverse. La semplice utilità della maggioranza può giustificare anche forme di diritto penale massimo, informate alla massima sicurezza dei non devianti, non essendo in grado di porre limiti alla potestà punitiva. Al contrario l'idea beccariana della «minor porzion possibile» di afflizione penale non giustifica quel «di più» di pena rispetto alla minima afflizione possibile dei devianti che per Beccaria «è abuso e non giustizia». Se ne può dedurre un secondo scopo giustificante del diritto penale in aggiunta a quello della prevenzione dei delitti: lo scopo della prevenzione delle pene arbitrarie o inutilmente eccessive, che è non meno importante del primo dato che vale a fondare tutti

⁴⁴ C. Beccaria, *Introduzione*, in *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 23.

⁴⁵ È lo stesso Bentham che riconosce, rispettivamente nel secondo e nel terzo dei tre frammenti pubblicati da Franco Venturi nell'edizione da lui curata del *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 563, che «fu dal piccolo libro di Beccaria *Dei delitti e delle pene* ch'io trassi, come ben ricordo, il primo accenno al principio di utilità» e che «l'idea di misurare il valore di ogni sensazione analizzandola entro quattro elementi [intensità, durata, prossimità, certezza] la presi da Beccaria».

⁴⁶ J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* I 4 (1780), in *The Works* cit., vol. I, p. 2; Id., *A Fragment on Government* I 48 (1776), ivi, p. 271, dove ricorre la prima formulazione benthamiana della massima.

⁴⁷ Beccaria, *Dei delitti e delle pene* § XII, cit., pp. 54-55: «Il fine delle pene non è di tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso [...] Il fine, dunque, non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali»; J. Bentham *Principes du code pénal* II 1, in *Traité de législation*, cit., p. 133: «Lo scopo principale delle pene è quello di prevenire il ripetersi di delitti analoghi [...] Il delitto passato non riguarda che un individuo, mentre delitti analoghi possono riguardare tutti»; Id., *Théorie des peines* I III, cit., p. 10: «La prevenzione generale è il fine più importante delle pene; ed è anche la loro ragione giustificativa».

⁴⁸ Beccaria, *Dei delitti e delle pene* § II, cit., pp. 30-31. E più oltre, ivi § XIX, p. 71: «il peso della pena e la conseguenza del delitto dev'essere la più efficace per gli altri e la meno dura che sia possibile per chi la soffre, perché non si può chiamare legittima società quella dove non sia principio infallibile che gli uomini si siano voluti assoggettare ai minori mali possibili».

⁴⁹ J.-J. Rousseau, *Del contratto sociale* I VI (1762), in Id., *Opere*, a cura di R. Mondolfo, Sansoni, Firenze 1972, p. 285.

i limiti al diritto penale, ossia le garanzie penali e processuali, e perciò il modello di quello che ho chiamato diritto penale minimo⁵⁰.

Di qui il maggior radicalismo dell'utilitarismo di Beccaria rispetto a quello di Bentham. È infatti precisamente sulla base della sua fondazione contrattualistica che Beccaria, diversamente da Bentham⁵¹, può argomentare la sua critica filosofica della pena di morte. «Nel minimo sacrificio della libertà di ciascuno», egli ripete nel famoso § XXVIII sulla pena di morte, non può esserci la vita, che certamente non può far parte della «somma di minime porzioni della privata libertà» conferite da ciascun cittadino allo Stato. E perciò si domanda: «Quale può essere il diritto che si attribuiscono gli uomini di trucidare i loro simili?», «chi è mai colui che abbia voluto lasciare ad altri uomini l'arbitrio di ucciderlo? Come mai nel minimo sacrificio della libertà di ciascuno vi può essere quello del massimo tra tutti i beni, la vita?»⁵². E' insomma su questo argomento apertamente contrattualistico – se il contratto sociale e lo Stato si fondano e si legittimano sul loro ruolo di tutela della vita, è contraddittorio ammettere la pena di morte – che si basa il rifiuto beccariano della pena capitale, ammessa invece da Bentham per i delitti di alto tradimento, di assassinio e di strage⁵³.

C'è poi un'altra questione sulla quale è significativo il confronto tra Beccaria e Bentham: la questione dei pentiti. «Alcuni tribunali offrono l'impunità a quel complice di grave delitto che paleserà i suoi compagni», scrive Beccaria. «Un tale spediente ha i suoi inconvenienti e i suoi vantaggi. Gl'inconvenienti sono che la nazione autorizza il tradimento, detestabile ancora fra gli scellerati, perché sono meno fatali ad una nazione i delitti di coraggio che quegli di viltà [...] Di più, il tribunale fa vedere la propria incertezza, la debolezza della legge, che implora l'aiuto di chi l'offende»⁵⁴. Di opinione

parzialmente diversa fu invece Bentham, che muovendo da premesse puramente utilitaristiche ammise il premio ove «non si abbiano altri mezzi, giacché l'impunità di uno solo è un male minore dell'impunità di molti»; inoltre, mise in guardia «dal fissare tale premio attraverso una legge generale», che «sarebbe un invito ad ogni sorta di delitto, come se il legislatore dicesse: 'tra molti criminali il peggiore sarà non solo impunito, ma anche ricompensato'», e propose invece che la sua elargizione «fosse lasciata alla discrezionalità del giudice» onde non sottrarre nessun criminale «alla preoccupazione della pena»⁵⁵.

3.2. Beccaria e Bentham: due liberalismi.

Il secondo ordine di differenze tra Beccaria e Bentham riguarda il loro liberalismo. Anche qui possiamo parlare di due liberalismi: del liberalismo di Beccaria come di un liberalismo sociale e radicale; di quello di Bentham come di un liberalismo moderato e tendenzialmente liberista. È una differenza in gran parte connessa a quella che separa il liberalismo settecentesco, quello di Beccaria e dei *philosophes* francesi, rivoluzionario perché ancora da realizzare contro l'antico regime assolutistico e illiberale, dal liberalismo ottocentesco, cui sostanzialmente già appartiene Bentham, che è al contrario un liberalismo conservatore dell'assetto istituzionale liberale già realizzato.

Bentham fu un ammiratore entusiasta della rivoluzione francese, che sostenne e difese in quattro lettere al «Courrier de Provence», al punto che l'Assemblea legislativa gli conferì la cittadinanza onoraria francese il 23 agosto 1792. Ma egli criticò radicalmente l'idea stessa di diritti fondamentali consacrata dalla *Déclaration* del 1789 nel *pamphlet* intitolato *Fallacie anarchiche*, nel quale attaccava la Dichiarazione come una somma di fallacie ideologiche. Cosa è mai, si chiedeva, questo documento che inizia con la falsa proclamazione che «tutti gli uomini nascono liberi ed uguali» e prosegue con l'enunciazione di una serie di principi di giustizia e di diritti naturali, se non un trattatello filosofico di diritto naturale, frutto di una «confusione di idee così grande che non è possibile associarle alcun senso»? Giacché «non esisto-

⁵⁰ È il secondo scopo del diritto penale, che identificai quale fondamento di tutte le garanzie penali e processuali in *Il diritto penale minimo*, cit., e in *Diritto e ragione*, cit., cap. VI e *passim*.

⁵¹ Sulla pena di morte Bentham resta a lungo oscillante e incerto. In *The Rationale of Punishment* del 1775, in *The Works of Jeremy Bentham*, cit., vol. I, pp. 444 ss., ammette la pena capitale in via straordinaria, «in terrorem»; in *Théorie des peines* II xiv, cit., pp. 67-75, elenca gli argomenti a sostegno e gli argomenti contrari, senza sostanzialmente prendere posizione. Solo in uno dei suoi ultimi scritti – *On Death Punishment*, in *The Works* cit., vol. I, pp. 525-532 – giungerà, sulla base degli argomenti utilitaristici di Beccaria, a un totale abolizionismo.

⁵² Beccaria, *Dei delitti e delle pene* § XXVIII, cit., p. 86.

⁵³ Bentham, *Théorie des peines* II xiv, § 4, cit., pp. 72-73.

⁵⁴ Beccaria, *Dei delitti e delle pene* § XXXVII, cit., pp. 114-115. Il passo così prosegue: «I vantaggi sono il prevenire delitti importanti [...] Sembrerebbero che una legge generale che promettesse la impunità al complice palesatore di qualunque delitto fosse preferibile ad una speciale dichiarazione in un caso particolare [...] Ma invano tormento me stesso per distruggere il rimorso che sento autorizzando le sacrosante leggi, il

monumento della pubblica confidenza, la base della morale umana, al tradimento e alla dissimulazione. Qual esempio alla nazione sarebbe poi se si mancasse all'impunità promessa, e che per dotte cavillazioni si trascinasse al supplicio ad onta della fede pubblica chi ha corrisposto all'invito delle leggi!».

⁵⁵ Bentham, *Théorie des peines*, 2^a partie, I xiv, cit., pp. 162164; anche Bentham, tuttavia, riconobbe nel cap. XII che «il campo delle ricompense rappresenta l'ultimo asilo entro il quale si è rifugiato il potere arbitrario» (ivi, p. 159).

no», affermava, «diritti naturali prima dell'istituzione dello Stato», cioè «anteriori alle leggi, indipendenti dalle leggi, superiori alle leggi»⁵⁶. Non capiva, il giuspositivista Bentham, che quella Dichiarazione non era affatto un testo di diritto naturale, ma era essa stessa una legge positiva, e che i principi di giustizia da essa proclamati non erano più, una volta in essa stipulati, principi di diritto naturale, ma principi di diritto positivo che vincolavano il sistema politico al loro rispetto e alla loro tutela; che quindi il diritto positivo, grazie a quella Dichiarazione, stava cambiando sotto i suoi occhi, dato che incorporava, sotto forma di diritti costituzionalmente stabiliti, limiti e vincoli ai pubblici poteri, non più assoluti ma limitati; che insomma stavano formalmente nascendo, con quella Dichiarazione, lo stato di diritto e il costituzionalismo moderno. E francamente, aggiungo, non è certo un modello di liberalismo il congegno disciplinare del *Panopticon*, cioè l'edificio carcerario di forma circolare, con le carceri disposte sulla circonferenza e il sorvegliante al centro, ideato da Bentham al fine di rendere visibile ciascun carcerato da un sorvegliante non visto⁵⁷.

Ma la differenza maggiore tra il liberalismo di Bentham e il liberalismo di Beccaria consiste nella valenza liberista del primo e in quella liberal-socialista del secondo. Il segno più chiaro di questa differenza è dato dal commento di Bentham alla famosa frase di Beccaria su «il diritto di proprietà (terribile, e forse non necessario diritto)»⁵⁸: un giudizio che alla cultura del tempo, perfino a quella liberale e progressista, apparve tanto eccezionale e scandaloso da far scrivere a Jeremy Bentham: «È sorprendente che uno scrittore giudizio-

so come Beccaria possa aver inserito, in un'opera dettata dalla più ragionevole filosofia, un dubbio sovversivo dell'ordine sociale»⁵⁹. Ricordiamolo per intero questo passo del capitolo XXII sui «Furti», nel quale figurano quelle scandalose parole di Beccaria: «I furti che non hanno unito violenza dovrebbero esser puniti con pena pecuniaria. Chi cerca di arricchirsi dell'altrui, dovrebbe esser impoverito del proprio», cui segue la definizione del furto come «il delitto della miseria e della disperazione, il delitto di quella infelice parte di uomini a cui il diritto di proprietà (terribile e forse non necessario diritto) non ha lasciato che una nuda esistenza»⁶⁰; e poi l'invettiva contro le leggi classiste a sostegno della proprietà, dove Beccaria, assumendo il punto di vista del delinquente, contesta «queste leggi [...] che lasciano un così grande intervallo tra me e il ricco», fatte da «uomini ricchi e potenti che non si sono mai degnati visitare le squallide capanne del povero, che non hanno mai diviso un ammuffito pane fralle innocenti grida degli affamati figliuoli e le lacrime della moglie», e dove invita perciò a rompere «questi legami fatali alla maggior parte ed utili ad alcuni pochi e indolenti tiranni» e ad attaccare «l'ingiustizia nella sua sorgente»⁶¹. È chiaro che simili parole non potevano non apparire a Bentham che sovversive dell'ordine sociale. Non a caso Ferdinando Facchinei, nelle sue dure note contro il *Dei delitti*, chiamò Beccaria «il Rousseau degli Italiani»⁶². E certamente Beccaria non avrebbe mai scritto il libretto *Defence of Usury*, scritto da Bentham nel 1790, nel quale questi sosteneva che non dovessero essere posti limiti legali ai tassi di interesse.

Insomma Carlo Marx non avrebbe mai potuto assumere Beccaria, anziché Bentham, come fece in un celebre passo del *Capitale*, a simbolo e a bersaglio polemico della sua invettiva contro la mistificazione capitalistica di quello che chiamò l'«Eden dei diritti innati dell'uo-

⁵⁶ J. Bentham, *Sophismes anarchiques* I (1816), in *Oeuvres de Jérémie Bentham*, cit., t. I, pp. 506535: in particolare, pp. 511-513.

⁵⁷ J. Bentham, *Panopticon; or the Inspection House* (1787), in *The Works*, cit., vol. IV, pp. 37172; Id., *Panoptique. Établissement proposé pour garder des prisonniers avec plus de sûreté et d'économie, et pour opérer en même temps leur réformation morale, avec des moyens nouveaux de s'assurer de leur bonne conduite, et de pourvoir à leur subsistance après leur élargissement*, in *Traité de législation civile et pénale*, cit., t. I, pp. 225242. Nel 1792 Bentham riuscì a far discutere il progetto del *Panopticon* in Parlamento, che lo approvò nel 1794 ma non venne messo in atto essendo sopravvenuto il divieto di Giorgio III. La critica più illustre del *Panopticon* è quella di M. Foucault, *Sorvegliare e punire Nascita della prigione* (1975), Einaudi, Torino 1966.

⁵⁸ Beccaria, *Dei delitti e delle pene* § XXII, cit., p. 75. Gianni Francioni rileva ivi, in nota, che queste parole, nella terza edizione del *Dei delitti*, segnalano un vero mutamento di opinione di Beccaria sul diritto di proprietà: la prima edizione recava infatti le parole «terribile ma forse necessario diritto». Si è trattato peraltro di un mutamento convinto, se è vero, come ricorda Francioni, che in una lettera al fratello Alessandro del 16 settembre 1767, Pietro Verri scriveva con sarcasmo, a proposito di un progettato viaggio di Beccaria in Russia: «Ponilo a fronte d'un ministro moscovita. Con un'incombenza, per cui non ha i mezzi, e vedrai qual meschina figura sarà la sua. Egli comincerà il codice col togliere il diritto di proprietà».

⁵⁹ J. Bentham, *Principes du code civil* I IX, in *Oeuvres de Jérémie Bentham*, cit., t. I, p. 64.

⁶⁰ Beccaria, *Dei delitti e delle pene* § XXII, cit., pp. 75-76.

⁶¹ Ivi § XXVIII, pp. 91-92. E più oltre, § XLI, pp. 121-122: «La maggior parte delle leggi non sono che privilegi, cioè un tributo di tutti al comodo di alcuni pochi»; tesi già espressa a proposito delle «pene dovute ai delitti dei nobili, i privilegi dei quali formano gran parte delle leggi delle nazioni» (ivi XXI, p. 73), laddove le pene «esser debbono le medesime pel primo e per l'ultimo cittadino» (ivi, p. 74), e poi nelle invettive contro le «leggi, che hanno sempre favorito i pochi ed oltraggiato i molti» (ivi XXVII, p. 86).

⁶² F. Facchinei, *Note ed osservazioni sul libro intitolato Dei delitti e delle pene* (1765), in Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, cit., p. 175: una tesi non a caso diffusa nel Settecento benché oggi smentita da numerosi studi, tra cui si ricordano G. Francioni, *Beccaria filosofo utilitarista*, in *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa. Convegno di studi per il 250° anniversario della nascita*, Cariplo-Laterza, Milano-Roma-Bari 1990, pp. 69-87: 69, e D. Ippolito, *Contratto sociale e pena capitale. Beccaria vs. Rousseau*, «Rivista internazionale di Filosofia del diritto», XCI, 2014, 4, pp. 589-620.

mo» dove «regnano soltanto Libertà, Eguaglianza, Proprietà e Bentham»⁶³. E questo perché l'identificazione liberista tra proprietà e libertà – operata da Locke, certamente accettata da Bentham e poi dall'intera filosofia politica liberale ed oggi più che mai dall'ideologia liberista – non poteva certo essere addebitata anche a Beccaria⁶⁴.

⁶³ K. Marx, *Il Capitale* I iv 3 (1867), trad. it. di D. Cantimori, Editori Riuniti, Roma 1970, vol. I, pp. 208-209: «La sfera della circolazione, ossia dello scambio di merci, entro i cui limiti si muovono la compera e la vendita della forza-lavoro, era in realtà un vero Eden dei diritti innati dell'uomo. Quivi regnano soltanto Libertà, Eguaglianza, Proprietà e Bentham. Libertà! Poiché compratore e venditore d'una merce, p.es. della forza-lavoro, sono determinati solo dalla loro libera volontà. Stipulano il loro contratto come libere persone, giuridicamente pari. Il contratto è il risultato finale nel quale le loro volontà si danno un'espressione giuridica comune. Eguaglianza! Poiché essi entrano in rapporto reciproco soltanto come possessori di merci, e scambiano equivalente per equivalente. Proprietà! Poiché ognuno dispone soltanto del proprio. Bentham! Poiché ognuno dei due ha a che fare solo con se stesso. L'unico potere che li mette l'uno accanto all'altro e che li mette in rapporto è quello del proprio utile, del loro vantaggio particolare, dei loro interessi privati. E appunto perché così ognuno si muove solo per sé e nessuno si muove per l'altro, tutti portano a compimento, per una armonia prestabilita delle cose, e sotto gli auspici di una provvidenza onniscaltra, solo l'opera del loro reciproco vantaggio, dell'utile comune, dell'interesse generale». Si ricordi anche, di Marx, lo sferzante giudizio su Bentham: «l'arcifilisteo Jeremy Bentham, questo oracolo del senso comune borghese del XIX secolo, arido, pedante e chiacchierone banale (leather-tongued)» (ivi I, p. 666).

⁶⁴ Ho ripetutamente criticato questa confusione fin da *Teoria assiomatica del diritto. Parte generale* II 5.2, Giuffrè, Milano 1970, pp. 99-105. Mi limito a ricordare *Diritto e ragione* § 60, cit., pp. 950-957; *Diritti fondamentali*, cit., cap. I, pp. 12-18, cap. II, pp. 134-145 e cap. III, pp. 288-297; *Proprietà e libertà*, «Parolechiave», 30, 2003, pp. 1329; *Per un costituzionalismo di diritto privato*, «Rivista critica del diritto privato», 1, marzo 2004, pp. 1124; *Libertà e proprietà*, in G. Alpa e V. Roppo (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Laterza, Roma-Bari 2013, pp. 91-104, e, soprattutto, *Principia iuris*, vol. I, §§ 1.6, 10.10, 11.4-11.8, pp. 132-134, 635-638, 742-772 e *Principia iuris*, vol. II, §§ 13.17, 14.14 e 14.20, pp. 83-85, 224-230, 254-266, e *La democrazia attraverso i diritti*, cit., pp. 46-48, 144-146, 151. Per una riflessione complessiva, si veda D. Ippolito, *Libertà e proprietà nella teoria dei diritti di Luigi Ferrajoli*, «Ragion pratica», 44, 2015, pp. 131-158.